

ボン基本法 13 条における 「遅滞の危険」概念の一考察

——最近のドイツ連邦憲法裁判所判決を手掛かりとして——

The significance of the concept “Gefahr im Verzuge”
in the article 13 of German constitutional law

森 口 佳 樹
Moriguchi, Yoshiki

ABSTRACT

In this paper, I will investigate the concept “Gefahr im Verzuge” in Art.13 GG(constitutional law in Germany) by the understanding of federal constitutional court (Bundesverfassungsgericht) in the recent judgement dated 20.2.2001. Further I would like to examine some scholars’ views about the judgement.

In conclusion, federal constitutional court and the scholars value that the understanding has some significance as the reconfirmation of the text of Art.13 GG.

目 次
I はじめに
II 判決の内容
III 論者の評価
IV まとめにかえて

I はじめに

本稿は、ドイツ連邦憲法裁判所の 2001 年 2 月 20 日判決による、ボン基本法 13 条における「遅滞の危険 (Gefahr im Verzuge)」概念⁽¹⁾に関する判示を手掛かり⁽²⁾

に、同条による基本権保障の進展を紹介・検討することを目的とする。

同条によれば、住居（Wohnung）への搜索（Durchsuchung）の実施に際しては、裁判官により発出された搜索命令に基づくことを原則とし、「遅滞の危険」の存する場合にのみ、裁判官の命令によらず、検察官等の命令に基づき住居の搜索がなされ得る旨、規定されている。⁽³⁾ 法律レベルにおいては、例えば刑事訴訟法 105 条において、ほぼ同様に、「遅滞の危険」が認定される場合に例外的に検察官とその補助官吏によっても搜索が命令され得る旨が規定されている。このように条文からは、住居の搜索については裁判官命令を必要とするのが原則であって、例外としてそれを必要としない場合の規定が存在することが理解される。

しかし、実務上の問題から、この原則と例外の関係が実質上逆転した状態になっていた。つまり、「遅滞の危険」概念を広義に解釈し、その存在を前提として理解することにより、原則的に裁判官命令に基づかない搜索が多く実施されてきた。これについては、既に執行搜索の分野におけるリーディングケースである、連邦憲法裁判所の 1979 年 4 月 3 日決定において、長年のその分野における議論に決着がつけられ、13 条の規定内容の確定がなされていた。⁽⁴⁾ すなわち、それは、13 条の規範内容が貫徹され、実務に対する警鐘を発した内容であった。

今回の判決は、実務上やはり原則と例外が逆転する状況に至っていた刑事搜索の分野に関し、再び連邦憲法裁判所の同様の見解が示されたものであって、「遅滞の危険」概念の認定とその司法審査の問題とも関係して、興味ある判示が示されたものである。

以下では、判決の内容（Ⅱ）、若干の論者の評釈による判決の評価・意義（Ⅲ）

(1) BVerfG, Urteil v. 20.2.2001, NJW 2001, S.1121ff.

(2) 「遅滞の危険」概念の概略については、拙著『公権力による実力行使とその手続法的統制』（1999 年）11 頁参照。また、13 条全体についての概略的解説としての邦訳として、ボード・ピエロート／ベルンハルト・シュリンク著、永田秀樹／松本和彦／倉田原志訳『現代ドイツ基本権』（2001 年）313 頁以下参照。なお、同書 319 頁欄外番号 884 においては、「遅滞の危険」に「緊急の危険」という訳語をあてている。

(3) ボン基本法 13 条の条文については、拙著（前掲註 2）5, 13 頁参照。

(4) BVerfGE 51, 97. なお、同決定については、拙著（前掲註 2）57 頁以下参照。

の順に紹介・検討することと致したい。

II 判決の内容

1 事実の概要と下級審の判断

本件の憲法訴願の提起者は、ノルドライン＝ヴェストファーレン州の警察官吏 (Polizeibeamter) である。その警察官吏に対して、別の犯罪容疑者からの買収とその容疑者への捜査に関する秘密漏洩の嫌疑がかけられた。この問題に関して、2000 年 4 月 12, 13 日に容疑者とその関係者に対し区裁判所において尋問が行われた直後になって、警察官吏の職場・住居・乗用車と本人に対する搜索命令が、「遅滞の危険」の存在を理由として検事により、電話を通じて発出され、警察官吏に口頭で伝達された後、当該搜索が実施された (2000 年 4 月 13 日午後)。なお、フロッピーディスク、予定表、預金残高報告書等が押収されたが、結果として容疑を裏付ける証拠は発見されなかった。この行為に対して、当該警察官吏は直ちに異議を区裁判所に申し立てた。

これに対し、ラインベルク (Rheinberg) 区裁判所は、2000 年 5 月 30 日の決定において、重要な他の捜査資料を証拠として得ることが必要であった搜索当時の状況からすれば、裁判官命令に基づかない搜索・押収の実施も違法ではないとした。当該決定に対する異議の申立てに対し、クレーベ (Kleve) 地方裁判所も、2000 年 7 月 19 日の決定において、以下の理由で申立てを棄却した。

すなわち、搜索・押収の目的が危殆に瀕することのない限りそれらの実施にあたって裁判官命令が必要となるが、その必要性の判断は、それに携わる官吏の裁量に委ねられている。この事件の場合、検事による搜索命令が発出された時点において、異議申立人が、その私的領域に証拠を保持し、特にそれがフロッピーディスクにも記録されていることから、瞬時に隠滅されるおそれがあった。それゆえ、裁判官命令に必要となる時間の問題によって搜索等の目的が達せられなくなると判断し、検事による命令によって行動したことに裁量権行使の瑕疵は存在しない。さらに、事後の異議申立てにより裁判官が関与してくることが

予想されたため、意図的に裁判官の関与を回避したというような状況は認められない、という理由であった。

以上のような状況を前提に提起された憲法訴願が、2000 年 11 月 21 日の口頭弁論を経て、一部認容されたものである。

2 連邦憲法裁判所の判示

(1) 連邦憲法裁判所第二部は、2001 年 2 月 20 日の判決において、警察官吏により提起された基本権侵害を理由とする憲法訴願を、住居の捜索に関する限りにおいて認容した。その要旨は、以下のとおりである。

1 a) ボン基本法 13 条 2 項における「遅滞の危険」概念は狭義に解釈されなければならない。すなわち、捜索に際しては裁判官命令を得るのが原則であって、裁判官によらない命令に基づくことは例外である。

b) 「遅滞の危険」は、個別事例に関する事実によって理由づけられていなければならない。単なる思惑、仮定の衡量、あるいは、犯罪学上では日常的経験から支持されるが、事例からは独立の推量による理由では、不十分である。

2 裁判所と刑事追及担当官庁とは、憲法において原則的に管轄するとされている裁判官が日常事例の多さの中でも認識できるように、可能な範囲で事實的・法的準備を整えておかねばならない。

3 a) 「遅滞の危険」概念の解釈と適用は、無制限の裁判統制に服する。しかしながら、裁判所は、裁判官ではない機関が特別な決定を行った状況を、その状況に条件付けられた場合に認識できる可能性に鑑みて、斟酌しなければならない。

b) 「遅滞の危険」の存在の認定に関する実効的な裁判所による事後審査は、捜査活動において捜索措置と時間的な直接の関係のある決定の根拠と結果に表れていることを前提として行われる。

(2) 以下では、判決を要約して紹介する。13 条に関する判示を中心に、その他

の判示は省略することとする。なお、括弧内に示される、例えば（C I）とは、判決文の箇所を示すものである。また、単に条文を示す場合は、ボン基本法の条文を指す。

1) 住居に対する搜索の適法性についての区裁判所・地方裁判所の決定が訴訟の対象となっている限りにおいて、憲法訴願は、19 条 4 項に関連して 13 条 1 項、2 項の基本権に抵触するのでその提起は許容され、認容される。

2) これまでの連邦憲法裁判所による幾多の判断⁽⁵⁾からして、住居の不可侵の基本権への規制の重大性から、搜索の実施に際しては原則的に裁判官留保制度の適用が必要とされること、裁判官の独立性・中立性が重要なこと、裁判官の関与によって基本権への規制が憲法と法律に合致していることが確認され、その測定可能性・統制可能性が確保されていることが必要である（C I 1a）。

13 条は裁判官留保制度が実効的に機能することをすべての国家機関に対し要求するが、特に警察によって、緊急時の刑事追及行動において権限の濫用がなされ、裁判官による統制が欠けていると一般には主張されている。これには審査にあたる裁判官の専門的能力、時間の制約などが理由としてあげられているが、確かに裁判官留保制度が機能する前提として、事務配分、裁判所の人的・物的設備、教育と継続的研修、刑事追及官庁からの完全なる情報提供が必要である（C I 1b）。

3) 13 条の起草制定史と過去の 13 条に関する判例（連邦憲法裁判所判例集 51 巻 97 頁以下、110 頁）においても確認されている、基本権の効力を最高にする解釈の採用の原則から、裁判官命令に基づかない搜索はあくまで例外であって、

(5) 今回の判決においては、これまでの連邦憲法裁判所の判示が数多く引用されている。例えば、13 条に関する判例としては、BVerfGE 32, 54; 42, 212; 51, 97; 96, 27; 57, 346; 76, 83; 20, 162. があげられる（今回の判決における引用順）。いずれも 13 条解釈の基本的論点に関する説示であって新規の論点に関する判示ではないため、本稿においては、特に重要な箇所以外は引用を省略する。なお、それぞれについては、拙著（前掲註 2）の以下の頁参照、BVerfGE 32, 54（いわゆる、高速クリーニング決定）について、18 頁以下、42, 212 について、93 頁、51, 97 について、57 頁以下、96, 27 について、99 頁以下、57, 346 について、58 頁以下、76, 83 について、70 頁以下、20, 162（いわゆる、シュピーゲル判決）について、107 頁。また、判決原文における脚註としての諸論稿・コンメンタール類の引用も省略した。

「遅滞の危険」概念は狭義に解釈されなければならないことがわかる。「遅滞の危険」の存在を認めることはかなりの基本権保障の低下をもたらすものである。

警察・検察官は、ともに搜索の必要性に関する審査における独立性、中立性を欠いている機関である。しかし基本法は、「遅滞の危険」の場合を想定した規定をおくことで、緊急時の対応を定めている。既に判例において明らかにされているように（連邦憲法裁判所判例集 51 巻 97 頁以下、111 頁）、裁判官命令を得ることによる時間的問題から搜索の目的が危殆に瀕する場合に、「遅滞の危険」が存在するとされているが、これは刑事搜索においては、証拠が隠滅されてしまう場合などが考えられる。刑事追及官庁は、個別事例毎の具体的状況を基礎として証拠隠滅の危険が存在するか否かを、その危険発生に予防的に対応できるよう適時に判断しなければならない（C I 2a）。

しかし、憲法が定めた原則的な管轄は、可能な限りで刑事追及官庁・裁判所双方によって守られなければならない。「遅滞の危険」という例外が認められるのは、事實的・法的根拠からその必要性が理由づけられる場合に限られる。これを具体化すると、「遅滞の危険」は、個別事例に関する事実によって理由づけられていなければならない。単なる思惑、仮定の衡量、あるいは、犯罪学上では日常的経験から支持されるが、当該事例からは独立の推量では、理由づけとしては不十分である（C I 2b）。

4) 刑事追及官庁による搜索命令の発出は、行政権の行使であって、19 条 4 項によって、法的・事實的観点からの司法統制に完全に服する。その場合の基準は、行政権を拘束する実体法の規定である。したがって、13 条 1, 2 項の要件への該当性について、行政権による裁量権行使の問題も含めて、司法審査に服するのである。すなわち、「遅滞の危険」概念の存在の認定については、緊急時における行政機関の裁量を第一には認めているけれども、その結果については事後に司法統制の対象となる。

現在の 13 条のモデルとなった刑事訴訟法 105 条の解釈において、かつては、「遅滞の危険」概念については司法統制に服しないとの見解が主張されていたが、

起草制定史においては、司法統制を制限しようと意図する議論は見られない。過去の見解を受容しようとする明示の意思は存在しない。

「遅滞の危険」を理由として刑事追及官庁によって発出された搜索命令に対する司法統制は、当該状況において警察・検事の行動を条件づけていた事実を詳細に調査した内容を基礎としなければならない。裁判官は、それによって明らかになった、官吏の具体的行動領域・範囲を審査の出発点とせねばならない。いかなる条件の下で官吏が決定を下したのか、時間的猶予はいかばかりあったのか、行動の必要性に関する切迫度、協議のための時間的余裕、状況に条件づけられた限界について、裁判官は考慮したうえで、当該命令について審査しなければならない（C II 1）。

5) 叙上の審査が可能になるためには、裁判官によらない命令が発出されたという結果とそのような命令を必要としたという事実の基礎が明らかにされなければならない。これについては、19 条 4 項に関する判例によって、記録・理由付記義務が必要とされている（連邦憲法裁判所判例集 61 巻 82 頁以下、同 69 巻 1 頁以下）。

実効的司法審査のためには、裁判官によらない搜索命令が必要であったことに関する事実の記録の審査が必要である。また、そのように、事前あるいは直後の資料の記録を義務づけることによって、命令を発出しようとする官吏は、その行動に対する適法性を特に確認し、事後の司法審査においては、その行動の適法性を明らかにするものとして、その記録に基づいて審査されうることを知ることになる。完全な理由付記がなされることが、搜索を受けた当事者に対して、事件に対応した基本権の防御を可能にし、裁判所に対しては、憲法から要請される実効的な事後統制を可能にするのである（C II 2）。

6) これらの基準によれば、問題となっている区裁判所、地方裁判所いずれの決定も、19 条 4 項に関連して 13 条 1, 2 項の基本権を侵害（verletzen）している。

区裁判所は、特典（Vorgabe）としての「遅滞の危険」の存否の問題について審査していない（C III 1）。

地方裁判所は、「遅滞の危険」の問題については把握していたが、それが命令を発出する検事の裁量に委ねられているものと解している点に問題がある。このように司法審査を限定する点に基本権の侵害が認められる。また、具体的事実に基づかない判断も見受けられる（CⅢ2a）。

以上の理由により、両決定は破棄され、事案は、ラインベルク区裁判所へと差し戻されたのである（D）。

Ⅲ 論者の評価

1 今回の判決に対しては、判決後短期間に、さまざまな観点から論者による評釈が示されている。以下では、三者による評釈を紹介・検討する。

2 メラース（Christoph Möllers）

メラースは、「遅滞の危険——刑事追及における憶測的事実による拘束のもとにおける住居の不可侵——」と題する小論稿⁽⁶⁾において、今回の判決について検討する。そして、総じてみれば、判示内容としてはこれまでの連邦憲法裁判所判例の引用の多さから解るように理論的新味は少ないが、実務への強烈的な批判としての重要な意義を有すると主張する。

すなわち、ドイツにおいて、基本法における規定の原則と例外の関係を逆転させているにもかかわらず、住居の搜索の場合、事前の裁判官による命令が通常発出されることなくして搜索が実行されていることは、現実から迫られる事情から致し方ないこととして考えられている。しかし、下級裁判所と検察官がこのように考えてしまっていることは、確固としたデータに裏付けられているものではない。さらに、警察法における秩序維持目的にとって有利で、個人の基本権保障にとっては不利になる推量は、学説の一部にも下級裁判所判決においても少なからず同様に見られる。今回の判決は、刑事追及の必要性を明示的に認め

（6） Christoph Möllers, Gefahr im Verzuge – Die Unverletzlichkeit der Wohnung vor vermeintlichen Sachzwängen der Strafverfolgung –, NJW2001, S.1397f.

てはいるが、以上のような推量が基本法に一致しないことを再確認する意義を有する、とする。

このように、「遅滞の危険」の存在を前提として、裁判官による搜索命令なくしての住居の搜索をほぼ常態化してきた実務に対しては、これまでも批判が多く、連邦憲法裁判所による執行搜索に関する決定においても同旨の指摘がなされてきた。今回の判決において、刑事追及に関する搜索についても同様の批判がなされたことになるが、これは、民事関係とは異なる刑事搜索に関して新たな判示を加えた指摘というよりも、むしろ、一向に改善されない実務に対する再警告という意義をもつと、メラースにおいては理解されていると考えられる。

3 シェーファー (Hans Christoph Schaefer)

シェーファーは、検事長 (Generalstaatsanwalt) であるが、検察官制度の意義を検討した論文「権利保護システムにおける検察官制度」⁽⁷⁾において、権利保護における検察官の役割の検討を行う。その関係で今回の判決におけるその位置づけについて批判的見解を展開する。

すなわち、検察官制度の観点からみて、今回の判決は、勇気づけるものでも喜ばしいものでもなく、どのように見ても進歩としては理解できないと評価する。

まず、今回の判決は、検察官の位置づけを司法府よりもむしろ行政府よりに理解しているが、それはこれまでの判例・学説に反しており、むしろ司法府よりに理解されるべきとする。

次に、ある意味で検察官が、警察と同列・一体として理解されることにも異議を唱える。判決によれば、裁判官による統制によってのみ法治国家としての性格が保障されるように理解できるが、むしろ検察官は裁判官と並ぶ法治国家保障の担い手である。警察の統制機関としての検察官制度の起草史を、あるいは、実定法では、例えば刑事訴訟法 105 条 1 項に見られるように警察と検察官との

(7) Hans Christoph Schaefer, Die Staatsanwaltschaft im Rechtsschutzsystem, NJW2001, S.1396f.

任務の相違を、連邦憲法裁判所は、ともに考慮していない。そして、検察官に比べて裁判官の方が状況を完全に把握していないことが多く、検察官は搜索命令を発出する裁判官と同様の位置づけにあると考えられる、と批判する。

このようにシェーファーは、他の論者とは異なって、搜索命令を発出するに足る資格の有無の観点から、議論を展開している。しかし、基本法において「遅滞の危険」が存在する場合以外は、裁判官によって搜索命令の発出が必要と明示されているのであって、検察官自体の一般的な位置づけの問題はここでは無関係である。法治国家における制度の位置づけ、いわば総論としての検察官の位置づけの問題と、13条における、いわば各論としての位置づけの問題とは、異なっていることもありうるといえよう。シェーファーによる判示への批判は、ある意味で議論のレベルが異なっているといえよう。

4 アインマール (Matthias Einmahl)

アインマールは、「搜索・押収時の遅滞の危険と捜査判事の到達可能性」と題する論稿⁽⁸⁾において、捜査判事 (Ermittlungsrichter)⁽⁹⁾としての立場からの検討を行い、今回の判決を全体として積極的に評価する。

まず、現状に対する基本的問題意識として、基本法・法律の規定と現実との乖離を憂慮する見解を示し、今回の判決による警告を積極的に受容し、実務の改善を図るべきとする。

次に、判決の積極的評価点として、以下の2点をあげている。

第一点として、住居に関する搜索命令を発出する任務の管轄について、原則と例外の関係を明確化させたことがあげられる。これまで広く知られているように、この領域においては原則と例外が逆転している実状があった。アインマー

(8) Matthias Einmahl, Gefahr im Verzug und Erreichbarkeit des Ermittlungsrichters bei Durchsuchungen und Beschlagnahmen, NJW2001, S.1393ff.

(9) 捜査判事とは、検察官の捜査に協力する区裁判所判事をいい、検察官の申請により押収・勾留等を命じ、証拠保全の措置をとるなどの権限を有する (参照, 山田晟『ドイツ法律用語辞典 (改訂増補版)』(1993年) 204頁)。

ルの掲げる事実の論拠によれば、住居の搜索に関しては、全体の約 10 パーセント程度のみが裁判官命令による搜索であるが、この実務の現状に対して今回の判決は再び警鐘を鳴らすものである、とする。

第二点として、手続と形式について、指摘を行っている点があげられる。例えば、実務上よく行われている、口頭による裁判官命令の発出の申請と口頭による命令（おそらく電話）では、書面によらないことによる偏向の危険、すなわち、「色眼鏡」をかけて判断してしまうおそれがあると指摘する。この点について今回の判決は、裁判官命令は原則的に書面によるべきことを再確認している。この書面による必要性を、単なる形式問題ではなくして、搜索の限界を画定し、比例原則の保障に貢献する、とした点を、アインマールは高く評価し、手続的保障の一種としての意義を確認したものである、とする。

さらに、関連事項として以下の 3 項目の検討を行っている。

第一に、「遅滞の危険」存在時の手続履践の意義についてである。私的領域における検分が必要と認められるが当該領域の所有者等の同意が得られない場合に、裁判官命令に基づく搜索の必要性が検討され、その必要性が肯定され、かつ「遅滞の危険」が存在する場合に裁判官命令によらない搜索命令が発出されて、実施されることとなる。今回の判決は、記録の重要性について強調しているが、これを具体化する手法として、アインマールは、以下の必要性について主張する。

すなわち、以上の経過において、「遅滞の危険」の存在を認定するには一定の事実が前提となっているのであるから、裁判官命令を要求する時間がないにしても、その根拠となった事情を決定的経過とともに証明できるように記録しておく必要がある。それは、事後に裁判官によって審査され、搜索にあたる官吏の行動が記録され、それが経過とともに相応の修正を受けていたことが正当である旨の証明がなされる必要があると主張する。さらに、実務家らしくこれらの記録を行う定形書式についても提案している。

(10) Einmahl, a.a.O. (Anm.8), S.1394. 執行搜索に関する統計については、拙著（前掲註 2）72 頁註 25 参照。

このように、「遅滞の危険」の存在が認定された場合においても、すべての事情とその変遷が記録されていることによって、搜索について裁判官命令が書面によって発出されている場合と基本権の保障機能の比較において、近似してくと主張するのである。

第二に、収集証拠の法的評価についてである。搜索手続における手続に関する瑕疵は、その搜索によって得られた証拠の利用禁止に当然直結するものではなく、特に重大な瑕疵が存在する場合にのみ、その証拠の利用禁止が帰結される、とするのが、通説・判例の見解である。このことから考えると、例えば「遅滞の危険」の存在の認定が恣意的に行われたような場合にのみ、収集証拠の利用禁止に至ることとなろう。しかし、今回の判決において、この恣意的な判断の問題は、それほど熱心に検討されていない。さらに、これに関係し審査の充実の必要性から、司法体制の充実も必要であることを提言している。これは、実務上の問題から「遅滞の危険」の存在が主張されることが多いことに対して、審査体制の充実をはかることで、迅速かつ確実な審査を実現しようとする趣旨である。

第三に、「遅滞の危険」存在時の押収に関してである。今回の判決においては押収の問題について実質的には議論されていないが、搜索に比べても重大な影響をもつことから、アインマールは、検討の対象とする。その主たる論点は、手続上の問題、収集証拠の利用禁止であり、搜索における議論と対応して、同様の結論が導き出され得るとしている。

5 小括

以上の論者の評価に共通している点は、今回の判決において特に新たな判示がなされたのではないと理解している点である。

すなわち第一点として、「遅滞の危険」の存在の認定について、実務上原則と例外が逆転した状態になっていることへの警告を再確認し、それが実務に対する重大な警告となっている点があげられるが、この指摘は新しい論点ではなく、既になされていた判示の再確認に過ぎないのである。執行搜索の分野における

議論において、これまで表明されていた連邦憲法裁判所の見解が、実務からの強烈な抵抗によって批判され続け、立法論にまで及ぶ現状の打開策が模索されている状況に、分野は異なるものの、連邦憲法裁判所が再び警告を発した点にその意義は尽きるのである。

第二点として、「遅滞の危険」の存在を認定した場合において、事後の司法審査の観点から、その認定に至った事実の記録の重要性を指摘している点があげられる。これは、アインマールの主張においても本判決の意義として強調されていることである。確かにこの点は、司法審査の基礎を支える要であって、今回の判示においても 19 条 4 項に関するこれまでの判例を引用し指摘されていた論点である。しかしながら、この点も 13 条に関してはともかく、基本権保障に関して特に目新しい判示と評価することはできない。

このように論者による評価は、今回の判決を、これまでの議論の再確認として理解するにとどまっているのである。

IV まとめにかえて

以上の紹介・検討から、今回の判決の意義を簡単にまとめると以下のとおりである。

- 1 13 条の規定する原則と例外を現実には逆転させていた実務に対して警鐘を鳴らしたこと。すなわち、住居の搜索に際しては裁判官による命令が発出されることが原則であることを確認した。
- 2 執行搜索分野のみならず、刑事搜索分野においても、同様の見解を示したこと。すなわち、1979 年の執行搜索に関する判示以降の連邦憲法裁判所の見解の連続性を確認した。
- 3 これらについては、論者の多くも判決の連続性を、13 条の規範内容の再確認として高く評価していること。

今回の判決は、叙上の整理からも見てとれるように、法理論・法解釈学的には新味に乏しいと評価されている。しかし、刑事搜索の実務に対する警告として

の意義は大きいと考えられる。例えば、ベンファー（Jost Benfer）の研究によれば、裁判所の執務時間以外においては実務上「遅滞の危険」が存在するとし、裁判官命令を住居搜索に際して求めないとする運用がなされているような状況にあるとされることから、そのような実態に大きな影響を与えるであろうことが予想されよう。⁽¹¹⁾

もっとも逆に、既に同様の見解が示されていた執行搜索の分野における判示にも刑事搜索分野の実務はさほど影響を受けてきたとは考えられないし、それどころか、執行搜索の分野においては、実務のあり方を追認するような法改正が強く主張されている状況もみてとれる。⁽¹²⁾このような経過から考えれば、今回の判決の影響については、今後の現実的動向が注目されるところである。

（平成14年1月24日）

(11) Jost Benfer, Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren, 2.Aufl. (1990), S.315f.

(12) この状況については、拙著（前掲註2）63頁以下参照。

なお、1979年連邦憲法裁判所決定の趣旨を受け民事訴訟法758条等が、1998年により改訂され、1999年より施行された。当該決定以降今回の改訂までは基本法の直接適用によって裁判官留保制度が適用されることにより、搜索に際して裁判官命令が必要とされてきたが、今回の改訂によって、民事訴訟法上その必要性が明定された。その内容紹介と新条文に関する議論について、参照、石川明「ボン基本法の基本権と強制執行法の交錯—ゲルハルト・リュッケ教授の論文を読んで—」法学研究73巻5号（2000年）75頁以下、特に88頁以下、エベルハルト・シルケン著／石川明訳「執行における憲法上の近時の諸問題」法学研究73巻9号（2000年）75頁以下、特に77頁以下。